Dr. jur. Hans Keil.

Die Aufrechnung von Forderungen bei der offenen Handelsgesellschaft.

Neumarkt i. Schles. 1906

Herrm. Endtricht's Buchdruckerei.

Die Aufrechnung von Forderungen bei der offenen Handelsgesellschaft.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Keil

Referendar in Liegnitz.

Neumarkt i. Schl.

Herrmann Endtricht's Buchdruckerei

1906.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Dahn.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Seinem Vater

Justizrat, Rechtsanwalt und Notar

Carl Gustav Keil zu Neumarkt

gewidmet vom

Verfasser.

Inhaltsverzeichnis.

Auch das römische Recht kannte die Kompensation schon früh, wenn auch in beschränktem Maße. Hier hat sie davon ihren Ausgang genommen, „daß Bankhalter (argentarii) gegen ihre Kunden nur auf den Ueberschuß klagen konnten, der sich aus der Berechnung von Forderungen und Gegenforderungen zu ihren Gunsten ergab.“ [1]) Später konnte der Richter bei den bonae fidei judicia eine Kompensation zu Gunsten des Beklagten vornehmen. [2]) Schließlich ließ man die Kompensation ganz allgemein zu.

Ebenso kennen die neueren Rechtssysteme durchweg das Institut der Aufrechnung. [3])

II. Die Aufrechnung des BGB.

Nach dem heutigen Reichsrecht [4]) ist für die Aufrechnung erforderlich, daß zwei Personen einander Leistungen schulden, daß die geschuldeten Leistungen ihrem Gegenstande nach gleichartig sind und daß der Aufrechnende die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Die Leistungen müssen einander geschuldet sein, das heißt: der Schuldner der einen Forderung muß Gläubiger der anderen Forderung sein. In den weitaus meisten Fällen wird es sehr leicht sein festzustellen, ob dieses Erfordernis der Gegenseitigkeit vorhanden ist oder nicht. Schwierigkeiten entstehen nur da, wo der Gläubiger oder der Schuldner nicht nur als selbständige, unabhängige Einzelperson inbetracht kommt, sondern als Mitglied eines Verbandes, eines Vereins, einer Genossenschaft, einer

[1]) Jörs in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft S. 129.

[2]) Koch: das Recht der Forderungen, 2. Aufl. S. 684 ff.

[3]) Vergl. ALR. Teil I Tit. 16 Abschn. 6; Oesterreichisches Gesetzbuch §§ 1438—1441; Code civil art. 1289 ff.; Sächsisches Gesetzbuch § 988 ff.

[4]) BGB. § 387.

Gesellschaft u. s. w. Denn hier gibt es neben den persönlichen Forderungen und Schulden des Mitgliedes Forderungen und Schulden des Verbandes und es fragt sich, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen das Mitglied Gläubiger und Schuldner der Forderungen und Schulden des Verbandes ist. Dies zu beantworten wird um so schwieriger sein, je bestrittener das Verhältnis zwischen Mitgliedern und Verband ist, je mehr die Ansichten über die Selbständigkeit des Verbandes den Mitgliedern gegenüber auseinander gehen.

Am bestrittensten ist nun das Verhältnis zwischen Verband und Mitgliedern auch heute noch bei der offenen Handelsgesellschaft. Es wird daher hier über die Aufrechnung von Forderungen bei der offenen Handelsgesellschaft gesprochen werden.

B. Hauptteil.

Die Aufrechnung von Forderungen bei der offenen Handelsgesellschaft.

I. Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft.

a. Allgemeines.

Da die Beantwortung der Frage, welche Forderungen bei der o. H. aufrechenbar sind, wie schon gesagt, aufs engste mit der Rechtsnatur der o. H. zusammenhängt, so ist zunächst auf die Rechtsnatur der o. H. einzugehen.

Ueber das Wesen der o. H. hat stets Streit [1]) geherrscht, wenngleich der Streitgegenstand, wie Laband [2]) ausführt,

[1]) Vergl. Ladenburg bei Siebenhaar: Archiv für Deutsches Wechselrecht und Handelsrecht Bd. 10. S. 227 ff.; Affolter bei Kohler-Ring: Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 5 S. 1 ff.; Gotter bei Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. 18 S. 340 ff.

[2]) Laband bei Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 30 S. 469 ff.

mehr das Wesen der juristischen Person als das der o. H. betrifft. Man hat die o. H. als Sozietät, modificierte Sozietät, juristische Person, modificierte juristische Person, Gesellschaft zur gesamten Hand bezeichnet.

Von einer Erörterung der beiden ersten Theorien kann abgesehen werden, da es heute nach den Bestimmungen des HGB. und des BGB. wohl keinem Zweifel unterliegt, daß die o. H. keine Sozietät ist, und sich infolgedessen auch ein namhafter Vertreter dieser Ansichten heute nicht mehr findet.

b. Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. (Gierke'sche Theorie.)

Als die herrschende Theorie muß heute die Gesamthandtheorie bezeichnet werden. Unter den Schriftstellern, die diese Theorie vertreten, sind zwei Gruppen zu unterscheiden, die Anhänger der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung und die Anhänger der Theorie der geteilten Mitberechtigung. Der bedeutendste Vertreter der ersten Gruppe ist Gierke. Er definiert in seinen Grundzügen des Handelsrechts [1]) das Wesen der o. H. dahin: „Die o. H. ist eine Gesellschaft. Sie ist so wenig wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts eine juristische Person. Allein sie ist eine Gesellschaft, bei der das Prinzip der gesamten Hand in stärkerem Maße durchgeführt ist als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts." Bei dem Prinzip der gesamten Hand handelt es sich nun nach Gierke [2]) „um den Einfluß einer Verbundenheit der Subjekte auf eine unter ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft. Indem mit gesamter Hand empfangen oder vergeben wird, bekundet

---

[1]) Bei Kohler: Encyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. I S. 931.

[2]) Genossenschafts-Theorie S. 343 ff.

sich die Auffassung, daß mehrere Personen in ihrer Zusammenfassung, als eine durch ein Rechtsband vereinigte Gruppe, berechtigt oder verpflichtet sind. Sie bilden in dieser Vereinigung keine juristische Person: denn da in dem herrschenden gemeinschaftlichen Willen der Einzelwille eines jeden von ihnen als essentieller Faktor enthalten und kenntlich bleibt, ist ein von dem Einzelwillen losgelöster und ihnen gegenüber in einem selbständigen Verbandsorganismus verkörperter Gemeinwille nicht vorhanden. Sie erscheinen aber auch nicht als mehrere schlechthin für sich stehende Individuen, zwischen denen nur die miteinander konkurrierenden Beziehungen zu demselben Herrschaftsobjekt eine rechtliche Verknüpfung herstellen: denn sie sind zuvörderst in ein Verhältnis gegenseitiger Willensgebundenheit gesetzt und nur als Träger der hiermit gegebenen Willensgemeinschaft zur Herrschaft berufen. Das Subjekt ist also hier in der Tat eine verbundene Personenmehrheit, welche man mit gleichem Rechte eine geeinte Vielheit und eine kollektive Einheit nennen kann." [1]) „Die o. H. ist kein neues Rechtssubjekt, aber ein Rechtsverhältnis, welches Rechtssubjekte als solche in eine dauernde gegenseitige Beziehung setzt, sie an- und durcheinander bindet und so unter Aufhebung des bloßen Fürsichseins der Individuen eine in sich geeinte Personenmehrheit in die Welt der Privatrechtssubjekte einführt." [2]) „Die einzelne zum Gesellschaftsvermögen gehörende Sache ist für den Gesellschafter wie zu keinem gesonderten Anteil eine eigene, so zu keinem gesonderten Anteil eine fremde." [3]) „Das Gesellschaftsvermögen als Ganzes ist ein von der Summe seiner jeweiligen Bestandteile verschiedenes Rechtsobjekt. Das

---

[1]) Gierke: Gen.-Th. S. 452.
[2]) Gierke: Gen.-Th. S. 519.
[3]) Gierke: Gen.-Th. S. 595 ff.

Eigentum am Gesellschaftsvermögen steht seiner Substanz nach ungesondert der Gesellschaft zu, ist aber dem Werte nach in gesonderte Anteile zerlegt."[1] „Dieser Wertanteil wird im HGB. als „Kapitalanteil" bezeichnet. Er gewährt nicht nur während des Bestandes der Gesellschaft kein Bruchteilsrecht an den einzelnen Gegenständen, sondern auch nach Auflösung der Gesellschaft keinen Anspruch auf Naturalleistung, erschöpft sich vielmehr in einem Geldanspruch, der dem Verhältnis seines Nennbetrages zum jeweiligen Geldwerte des Gesellschaftsvermögens entspricht."

Zunächst ist an den Gierke'schen Ausführungen zu bemängeln, daß sie viele Unklarheiten enthalten. Unter einer „geeinten Vielheit" oder einer „kollektiven Einheit" kann man sich kaum etwas vorstellen. Wenn eine Vielheit geeint ist, so hört sie doch auf Vielheit zu sein, und wenn eine Einheit kollektiv wird, so bleibt sie keine Einheit. Einheit und Vielheit sind eben unvereinbare Gegensätze. Ebenso unvereinbar ist es, daß eine Sache für jemanden zu keinem Anteil eine fremde und zu keinem Anteil eine eigene sein soll. Offensichtlich aber widerspricht sich Gierke, wenn er zunächst sagt, die o. H. sei kein neues Rechtssubjekt, und gleich darauf fortfährt, die o. H. sei ein Rechtsverhältnis, das eine in sich geeinte Personenmehrheit in die Welt der Privatrechtssubjekte einführt. Das letztere kann doch nur bedeuten, daß diese geeinte Personenmehrheit eben ein Rechtssubjekt ist.

Sieht man von den Unklarheiten und Widersprüchen ab, so geht Gierke's Ansicht offenbar dahin: Die o. H. ist weder eine Mehrheit physischer Personen noch eine juristische Person, sondern ein drittes, ein Mittelding zwischen physischer und juristischer Person.

[1]) Gierke: Grundzüge des Handelsrechts S. 936.

Die Existenz eines solchen Mitteldinges zwischen physischer und juristischer Person ist aber nach dem System des BGB. ausgeschlossen. Denn wenn es ein solches Mittelding gäbe, so müßte es bei den Rechtssubjekten im allgemeinen Teil behandelt sein. Hier ist aber nirgends davon die Rede.[1])

Wenn man aber die Existenz eines Mitteldinges zwischen physischer und juristischer Person verneint, wozu man durch das System des BGB. gezwungen ist, so muß man m. E. vom Gierke'schen Standpunkt aus zur Annahme einer juristischen Person gelangen, wogegen sich allerdings Gierke aufs äußerste verwahrt. Denn nach Gierke haben die Gesellschafter der o. H. am Gesellschaftsvermögen nur ein Wertrecht, das sich in einem Geldanspruch erschöpft. Sie haben also kein dingliches Recht, sondern nur ein Forderungsrecht. Wem steht nun das Eigentum an dem Gesellschaftsvermögen zu, wenn die Gesellschafter daran kein Eigentum haben? Irgend jemandem muß doch das Gesellschaftsvermögen gehören. Und gegen wen steht den Gesellschaftern das Forderungsrecht zu, da es doch ein Forderungsrecht ohne Schuldner nicht gibt? Auf beide Fragen gibt es nur eine Antwort: Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens und Schuldnerin der den Gesellschaftern zustehenden Forderungsrechte ist die Gesellschaft als solche d. h. eine juristische Person.

In der Ablehnung der juristischen Person und des quotenmäßigen Miteigentums der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen folgt Gierke unter anderen Staub,[2]) ferner das Reichsgericht[3]) und das Kammergericht.[4])

---

[1]) Joerges bei Goldschmidt Bd. 49 S. 181.

[2]) Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl. Bd. I S. 347 Anm. 8, S. 376 Anm. 7.

[3]) Bd. 56 S. 209.

[4]) Johow: Entscheidungen des Kammergerichts Bd. 24 S. 126 ff.

c. Die Theorie der geteilten Mitberechtigung.

Im Gegensatz zu Gierke und seinen Anhängern vertreten Cosack[1], Joerges[2], K. Lehmann und V. Ring[3], Nagler[4] und andere die Ansicht, daß der einzelne Gesellschafter sowohl an dem Vermögensinbegriff wie an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen ein Substanzrecht habe. Dieses Substanzrecht, das Miteigentum zur gesamten Hand, stehe den einzelnen Gesellschaftern nach Bruchteilen zu. Vom Miteigentum der Gemeinschafter im engeren Sinne unterscheide sich das Eigentum zur gesamten Hand nur durch den Mangel der Verfügungsmacht des einzelnen Gesellschafters. Die Bindung der Verfügungsbefugnis entstehe durch den Gesellschaftsvertrag. Sie bestehe nicht nur im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander, sondern habe auch Wirkung gegen dritte. Dies sei dadurch zu erklären, daß durch den Gesellschaftsvertrag nicht nur ein rein obligationenrechtliches, sondern ein besonderes personenrechtliches Band geschlungen werde.

Sieht man von anderen Gründen, die gegen eine solche Auffassung der o. H. sprechen, ab, so ergibt sich die Abweisung dieser Theorie schon daraus, daß kein Vertreter dieser Theorie die Größe des Anteils der Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen in befriedigender Weise feststellen kann. „In erster Reihe, meint Cosack[5], ist die Vereinbarung der Gesellschafter entscheidend. Diese können

[1]) Lehrbuch des Handelsrechts 6. Aufl. S. 490 ff.

[2]) Zur Lehre vom Miteigentum bei Goldschmidt Bd. 49 S. 140 ff. Bd. 51 S. 47 ff.

[3]) Kommentar zu den Nebengesetzen: Das Handelsgesetzbuch S. 219 ff.

[4]) Die gesamte Hand im Gesellschaftsrechte, Sächsisches Archiv Bd. 10 S. 695 ff.

[5]) a. a. O. S. 494.

ihre Anteile am Aktivvermögen festsetzen, wie sie wollen." Ich bin der Ansicht, daß eine solche Vereinbarung nie vorkommt, und daß dieselbe, falls sie vorkäme, ohne jeden praktischen Wert sein würde. Nehmen wir an, bei einer aus zwei Gesellschaftern A und B bestehenden Gesellschaft wird bestimmt, daß der Anteil des A an Aktivvermögen $^1/_4$, der Anteil des B $^3/_4$ betragen solle. Darauf tritt die Gesellschaft in Liquidation und die Schlußbilanz ergibt, daß A einen Kapitalanteil von 200 000 und B einen solchen von 100 000 hat, während das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft 60 000 beträgt. In welcher Weise sollen nun die 60 000 geteilt werden? Im Verhältnis der Anteile am Aktivvermögen, sodaß A $^1/_4$ B $^3/_4$ erhält? Dann wäre die Aufstellung eines Kapitalanteils zwecklos. Oder im Verhältnis der Kapitalanteile, sodaß A $^2/_3$, B $^1/_3$ erhält? Dann wäre die Vereinbarung über die Anteile am Aktivvermögen überflüssig. Denn vorausgesetzt, es gibt quotenmäßige Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen, so kann diese anteilsweise Berechtigung m. E. erst nach Auflösung der Gesellschaft von praktischer Bedeutung werden: solange die Gesellschaft besteht, ist es infolge der Bindung der Verfügungsbefugnis der Gesellschafter gleichgiltig, welchen Anteil jeder Gesellschafter hat. [1]) [2])

In Ermangelung von Vereinbarungen berechnet Cosack [3]) und ebenso Lehmann-Ring [4]) die Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen nach der Beteiligung am Gesellschaftsgewinn. Eine solche Berechnung

---

[1]) **contra:** Peikert, die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, Breslau 1905, S. 27.

[2]) RG. Bd. 56, S. 96.

[3]) a. a. O. S. 494.

[4]) a. a. O. S. 219 ff.

erscheint mir höchst willkürlich. Warum soll gerade der Gewinn maßgebend sein? Einen Grund dafür führen beide nicht an. Peifert[1]) meint, man müsse die Beteiligung am Gewinn deswegen dem Anteil am Gesellschaftsvermögen zu Grunde legen, weil die Erzielung von Gewinn der wirtschaftliche Zweck der o. H. sei. Diesen Grund halte ich für verfehlt. Wenn aber Peifert zur Begründung seiner Behauptung die Analogie der §§ 733, 734 BGB. heranzieht, welche bestimmen, daß nach Befriedigung der Gläubiger und Rückzahlung der Einlagen der Ueberschuß nach der Beteiligung am Gewinn den Gesellschaftern zufällt, so ist dies durchaus falsch, da die §§ 733, 734 BGB. auf die o. H. keine Anwendung finden, bei der o. H. vielmehr für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens § 155 HGB. maßgebend ist. Nach § 155 HGB. aber wird das Gesellschaftsvermögen nicht nach der Beteiligung am Gewinn, sondern nach dem Verhältnis der Kapitalanteile verteilt. Peifert müßte also logischerweise dazu kommen, daß bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts für die Anteile am Gesellschaftsvermögen zwar die Beteiligung am Gewinn, bei der o. H. aber das Verhältnis der Kapitalanteile zu einander maßgebend ist.

Abgesehen davon aber, daß ein triftiger Grund die Anteile am Geschäftsvermögen nach der Beteiligung am Gewinn zu berechnen nicht vorliegt, so führt eine solche Berechnung zu etwas Unmöglichem, wie ein Beispiel zeigen soll. Eine Gesellschaft besteht aus zwei Gesellschaftern A und B. Der Gewinn wird nach dem Gesellschaftsvertrage in der Weise verteilt, daß zunächst dem A 3 % und dem B 4 % seines Kapitalanteils gebühren, während der übrige Gewinn beiden zu gleichen Teilen zukommt. Dann würde zunächst der Anteil jedes Gesellschafters fortwährenden

[1]) a. a. O. S. 28.

Schwankungen unterliegen. Vor allem aber würde, wenn der Kapitalanteil des A unter Null sinkt und der Gewinn 4 % des Kapitalanteils des B nicht erreicht, A keinen Anteil am Gewinn, also auch keinen Anteil am Gesellschaftsvermögen haben. Das Gesellschaftsvermögen stände also im Alleineigentum des B. Daß dies etwas Unmögliches ist, bedarf wohl keiner Erörterung.

Zu einem gleich falschen Resultat kommt man, wenn man mit Laband[1] die Miteigentumsquote in der Weise berechnet, daß man die Kapitalanteile durch den Wert des Gesellschaftsvermögens dividiert. Auch nach dieser Berechnung würde bei einer Gesellschaft von zwei Personen dem einen Gesellschafter das gesamte Eigentum am Gesellschaftsvermögen zustehen, falls der Kapitalanteil des anderen Gesellschafters auf Null oder unter Null sinkt.

Nach Nagler[2] sollen die Miteigentumsanteile aller Gesellschafter stets gleich sein. Dieser Vorschlag ist offenbar nur ein Ausweg, zumal Nagler keinen Grund für die Richtigkeit seiner Behauptung anzugeben vermag.

d. Die Theorie Dernburgs.

Nach Dernburg[3] ist die o. H. eine Gesellschaft zur gesamten Hand mit besonderen Eigenschaften: „Die o. H. ist kein einheitliches juristisches Gebilde. Bei ihr herrscht nicht logische Konsequenz; Nützlichkeit und Verkehrsbedürfnisse spielen vielmehr die entscheidende Rolle. Nach ihnen ist zu bemessen, in welcher Hinsicht die o. H. als selbständige Einheit unabhängig von ihren Mitgliedern zu behandeln ist, in welchen Beziehungen als Vereinigung von Gesellschaftern. Die o. H. ist keine juristische Person,

[1]) Bei Goldschmidt Bd. 31 S. 51 ff.

[2]) a. a. O. Bd. 10 S. 723.

[3]) Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Dritte Auflage. Bd. II, 2 S. 636 ff.

aber soweit dies zweckmäßig ist und Gerechtigkeit und Billigkeit nicht widersprechen, hat sie Eigentümlichkeiten einer solchen angenommen."

Ob sich Dernburg der Gierke'schen Theorie oder der Theorie der geteilten Mitberechtigung anschließt, ist nicht ersichtlich. Es ist wohl aber das letztere anzunehmen, da er bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Anteile der Gesellschafter nach Quoten annimmt[1]. Uebrigens kann es dahingestellt bleiben, welche von beiden Theorieen Dernburg vertritt, da beide Theorieen nach der hier vertretenen Ansicht unrichtig und im Vorigen widerlegt sind. Bezüglich der Behauptung, die o. H. werde in gewissen Beziehungen wie eine juristische Person behandelt, stimmt Dernburg mit den Vertretern der im folgenden behandelten Theorie der modifizierten juristischen Person überein. Es wird daher die Dernburg'sche Ansicht insoweit gleichzeitig mit der Theorie der modifizierten juristischen Person behandelt werden.

e. Die Theorie der modifizierten juristischen Person.

Der bedeutendste Vertreter der Theorie der modifizierten juristischen Person — wenigstens für die o. H. des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs — ist Dahn:[2] „Die Frage, ob nach dem DHGB. die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person sei, ist, so formuliert, nicht wohl zu bejahen: aber eine Reihe von Rechtssätzen läßt sich einheitlich nur auf die Annahme zurückführen, daß die Gesellschaft mit zwei Beschränkungen wie eine juristische Person angesehen wird: nämlich sie gilt als juristische Person nur in Einer Richtung — nach außen, Dritten gegenüber, nicht nach

[1]) a. a. O. S. 623.

[2]) Handelsrechtliche Verträge S. 75 ff.

innen im Verhältnis der Gesellschafter untereinander — und nur unter Einer Voraussetzung, nämlich wenn und soweit die Firma Stand hält. Ich habe das mit dem Ausdruck zu bezeichnen versucht: sie ist eine relative juristische Person."

Legt man diese Worte Dahn's so aus, wie sie meist ausgelegt worden sind — wozu der Ausdruck relative juristische Person berechtigt — nämlich dahin, daß die o. H. nach außen juristische Person, nach innen Gesellschaft sei, so spricht gegen Dahn's Ansicht der Umstand, daß Träger der Rechte und Verbindlichkeiten nach außen nicht eine andere Person sein kann als nach innen.

Augenscheinlich ist jedoch eine derartige Auslegung nicht richtig, wie aus der Mitteilung Dahn's an Peifert[1]) hervorgeht. Vielmehr ist Dahn's Ansicht dahin zu präzisieren: Die o. H. ist keine juristische Person, sondern „ein gesellschaftliches Vertragsverhältnis, dem nur in der Richtung nach außen einzelne ähnliche Wirkungen wie der juristischen Person beigelegt werden."

Eine fast gleiche Ansicht vertritt Hellwig[2]): „Die o. H. ist keine juristische Person, aber sie wird in vielen Fällen wie eine juristische Person behandelt."

Den Ansichten Dahn's, Hellwig's und Dernburg's kann nicht beigetreten werden. An den Ausführungen Dahn's und Hellwig's ist zunächst zu bemängeln, daß sie nur angeben, was die o. H. nicht ist, nicht aber, was sie ist. Dahn sagt allerdings, sie sei ein gesellschaftliches Vertragsverhältnis. Wie aber dieses gesellschaftliche Vertragsverhältnis aufzufassen ist, ob als societas im römischen Sinne, oder als Gesellschaft zur gesamten Hand im Sinne der Theorie der geteilten oder

---

[1]) a. a. O. S. 13.

[2]) Anspruch und Klagrecht S. 270.

der Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, das läßt er dahingestellt.

Ferner aber muß zwar zugegeben werden, daß das Gesetz in vielen Fällen eine Mehrheit physischer Personen wie eine juristische Person behandelt, ohne sie dadurch zu einer juristischen Person zu machen. Wenn dies aber möglich ist, so muß auch das Umgekehrte möglich sein: das Gesetz kann eine juristische Person als eine Mehrheit physischer Personen behandeln, ohne ihr dadurch die Rechtspersönlichkeit zu rauben. Daraus also, daß eine Vereinigung mehrerer Personen in einzelnen Punkten wie eine juristische Person behandelt wird, kann man nicht schließen, daß diese Vereinigung eine juristische Person ist, und daraus, daß ein Verband von Personen in einzelnen Beziehungen nicht wie eine juristische Person behandelt wird, kann man keinesfalls entnehmen, daß er keine juristische Person ist. Man darf aber nicht so weit gehen zu behaupten: eine Personenvereinigung wird in den meisten Beziehungen wie eine juristische Person behandelt, sie ist aber keine juristische Person. Vielmehr wird eben dadurch eine Personenvereinigung zur juristischen Person, daß sie in den Hauptpunkten als solche behandelt wird: sie ist dann eine juristische Person, sie wird nicht bloß als solche behandelt. Die o. H. wird nun, wie unten gezeigt werden wird, stets wie eine juristische Person behandelt. Es ist daher verfehlt, ihr die juristische Persönlichkeit abzusprechen.

f. Die Theorie der juristischen Person.

Im Gegensatz zu den besprochenen Theorieen bin ich mit Kohler[1]) und Eccius[2]) der Ansicht, daß die o. H. eine juristische Person ist.

[1]) Archiv für civilistische Praxis Bd. 91 S. 204 ff.

[2]) Stellung der o. H. als Prozeßpartei bei Goldschmidt Zeitschrift Bd. 32 S. 1 ff.

Da das Wesen der juristischen Person sehr streitig ist, so muß zunächst hierauf eingegangen werden. Nach Laband[1]) „kann eine Mehrheit von Personen mit gesondertem Aktivvermögen als juristische Person nicht angesehen werden, wenn für die Schulden der Vereinigung neben dem vereinigten und gesondert haftenden Vereinsvermögen auch die einzelnen die Vereinigung bildenden Menschen zu haften haben." Diese Ansicht kann ich nicht teilen. Denn es ist m. E. sehr wohl möglich, daß durch die Statuten eines rechtsfähigen Vereins die persönliche Haftung eines Mitgliedes angeordnet wird, ohne daß dadurch dem Verein die Eigenschaft der juristischen Person genommen wird. Diese Ansicht findet eine Unterstützung in § 94 Teil II Tit. 6 ALR., wonach das Privatvermögen der Mitglieder einer Korporation dann haftet, wenn sich dieselben ausdrücklich anheischig gemacht haben. Ferner würde nach der Laband'schen Lehre auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien keine juristische Person sein, obwohl diese doch heute fast allgemein als solche anerkannt ist[2]). Schließlich aber würde, da es, wie unten gezeigt werden wird, Gesellschaftsschulden gibt, für die die Mitglieder der o. H. nicht haften, die Laband'sche Lehre dazu führen, daß die o. H. bald Korporation bald Gesellschaft ist.

Ebensowenig ist die Ansicht Gierke's richtig, daß „der Name der Person nur derjenigen Verbandseinheit vorzubehalten sei, welche ein von dem Wechsel des Individuums unabhängiges eigenes Leben führt." Denn die Gierke'sche Theorie würde dazu führen, daß man einem eingetragenen Verein dann die Rechtspersönlichkeit absprechen müßte, wenn in den Satzungen des Vereins bestimmt

---

[1]) Bei Goldschmidt Bd. 32 S. 7.

[2]) Vergl. Staub a. a. O. § 320, Dernburg: Schuldverhältnisse § 612.

wäre, daß mit dem Ausscheiden eines bestimmten Mitgliedes der Verein aufgelöst sein soll. Daß eine solche Bestimmung zulässig ist und daß der Verein trotz einer solchen Bestimmung juristische Person bleibt, unterliegt keinem Zweifel. Da ferner im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden kann, das Ausscheiden eines Gesellschafters solle die Auflösung der o. H. nicht zur Folge haben, so müßte es nach der Gierke'schen Definition offene Handelsgesellschaften mit Korporationscharakter und solche mit Gesellschaftscharakter geben, je nachdem im Gesellschaftsvertrage jene Bestimmung getroffen wäre oder nicht. Einen derartigen Unterschied zu machen ist aber offenbar unrichtig.

Um zu einer richtigen Definition der juristischen Person zu gelangen, muß man von dem Begriff Person ausgehen. Person ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig ist, wer Subjekt von Rechten und Rechtspflichten sein kann [1]). Da es nun außer den juristischen Personen nur physische Personen gibt, so ist der Begriff juristische Person dahin zu definieren: „Juristische Person ist alles, was Subjekt von Rechten und Pflichten sein kann, sofern es nicht die einzelne physische Persönlichkeit ist." [2])

Daß nach dieser Definition der juristischen Person die o. H. eine juristische Person ist, geht klar und deutlich aus § 124 HGB. hervor: „Die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich." Diese Vorschrift kann man, wenn man den Worten keinen Zwang antun will, nur dahin auslegen:

[1]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. Bd. I S. 55.
[2]) Eccius a. a. O. S. 7.

Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten ist — nicht: als Rechtssubjekt erscheint oder wird behandelt — die Gesellschaft als Einheit, also eine juristische Person.

Für diese Auffassung spricht außerdem der selbständige Konkurs über das Vermögen der o. H. (§ 209 KO.), ferner § 125 HGB., der von einer Vertretung der Gesellschaft nicht der Gesellschafter [1]) handelt, schließlich § 128, wonach die Gesellschafter für, nicht aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft [2]) haften.

Gegen die Natur der o. H. als juristische Person ist vor allem geltend gemacht worden, daß die Gesellschafter persönlich haften und daß auf die o. H. die Vorschriften über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts subsidiär Anwendung finden (§ 105 Abs. 2 HGB.). Was den ersten Einwand anlangt, so verträgt sich die persönliche Haftung der Gesellschafter sehr wohl mit dem Begriff der juristischen Person, wie wir oben gesehen haben. Zu dem zweiten Einwande erklärt Kohler [3]): „Die Verweisung in § 105 Abs. 2 HGB. spricht eher gegen die Auffassung der Handelsgesellschaft als Gesellschaft. Würde die Handelsgesellschaft als Gesellschaft gelten, so würde sich die subsidiäre Geltung des BGB. schon aus Art. 2 EG. zum HGB. ergeben. Wenn es nun in § 105 Abs. 2 heißt, daß auf offene Handelsgesellschaften (subsidiär) die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft Anwendung finden, so ist dies nach dem natürlichen Wortlaut nur so zu deuten: obgleich die o. H. keine Gesellschaft im Sinne des BGB. ist, so sollen die Bestimmungen des BGB. über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden."

---

[1]) Vergl. BGB. §§ 714, 715.

[2]) Vergl. dag. BGB. § 733: „gemeinschaftliche Schulden."

[3]) a. a. O. S. 204.

M. E. geht Kohler zu weit, wenn er die Verweisung in § 105 Abs. 2 HGB. als ein Argument für die Rechtsnatur der o. H. als juristische Person anführt. Denn Art. 2 EG. zum HGB. sagt ganz allgemein, daß die Bestimmungen des BGB. subsidiär auf Handelssachen Anwendung finden, und § 105 Abs. 2 HGB. schreibt speziell vor, daß auf die o. H. subsidiär die Bestimmungen über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts Anwendung finden. Eine solche Spezialvorschrift kommt in den Gesetzen kumulativ neben der Generalvorschrift sehr oft vor und ist nicht überflüssig, da es sehr oft — trotz der Generalvorschrift — streitig werden kann, welche Spezialvorschriften Anwendung finden [1]).

Jedenfalls aber ist die Verweisung in § 105 Abs. 2 HGB. kein Beweismittel gegen die Auffassung der o. H. als juristische Person. Wie wenig man aus einer solchen Verweisung auf die Natur der o. H. schließen kann, zeigt § 320 HGB. Nach Absatz 2 dieses § im Verein mit § 161 Abs. 2 und § 105 Abs. 2 HGB. finden die Vorschriften über die Gesellschaft und nach Absatz 3 dieses § die Vorschriften über die Aktiengesellschaft auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien Anwendung. Wenn man nun aus § 105 Abs. 2 folgern wollte, daß die o. H. eine Gesellschaft ist, so müßte man aus § 320 folgern, daß die K. G. a. A. eine Gesellschaft und eine Korporation ist. Daß das letztere unmöglich ist, bedarf keiner Erörterung.

Schließlich ist noch zu betonen, daß aus dem Namen offene Handelsgesellschaft nicht geschlossen werden kann, daß die o. H. eine Gesellschaft ist. Denn sonst müßte man in gleicher Weise die Aktiengesellschaft als Gesellschaft bezeichnen.

---

[1]) Staub: a. a. O. S. 542 Anm. 9.

II. Die Aufrechnung seitens des Gesellschafters.

a. Der Gesellschafter rechnet gegen die Gesellschaft auf.

Daß die Gesellschaft Gläubigerin und Schuldnerin des Gesellschafters sein kann, folgt aus der Natur der o. H.: Da Gesellschaft und Gesellschafter zwei verschiedene Personen sind, so ist ein Ineinanderfließen von Anspruch und Verbindlichkeit ausgeschlossen. — Wenn nun auch der Gesellschafter Gläubiger der Gesellschaft sein kann, so wird doch, könnte man hiergegen anführen, sein Anspruch hinfällig, da er ja nach § 128 HGB. für Gesellschaftsschulden persönlich haftet, also seine Forderung gegen die Gesellschaft gleichzeitig auch seine Schuld ist. Ein solcher Einwand ist jedoch unzutreffend. Denn einmal hat, wie unten gezeigt werden wird, § 128 nur Dritten gegenüber Geltung. Sodann aber brauchte der Gesellschafter, selbst wenn dieser § zur Anwendung käme, nicht sich selbst in Anspruch zu nehmen, sondern könnte die Gesellschaft belangen, da ja nach § 128 der Gesellschaftsgläubiger nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt ist, die Gesellschafter in Anspruch zu nehmen, und ihm, wenn er die Gesellschaft belangt, nicht entgegengesetzt werden kann, daß auch die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Dem Gesellschafter können Forderungen gegen die Gesellschaft einmal aus dem Gesellschaftsverhältnis erwachsen, sodann aber kann er der Gesellschaft gegenüber wie jeder Dritte berechtigt werden. Zu der ersten Gruppe von Forderungen gehören vor allem die Ansprüche, die dem Gesellschafter aus § 110 HGB. zustehen: Der Gesellschafter kann, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes vorschreibt, von der Gesellschaft Ersatz der in Gesellschaftsangelegenheiten gemachten Aufwendungen und

Entschädigung für durch die Geschäftsführung erlittene Verluste verlangen. Wie jeder Dritte kann der Gesellschafter Forderungen gegen die Gesellschaft erlangen z. B. aus einem mit der Gesellschaft geschlossenen Kaufvertrage, einem Darlehnsvertrage u. s. w. Er kann aber auch durch Singular- oder Universalsuccession in die Rechte Dritter Forderungen gegen die Gesellschaft erwerben. Dagegen erhält der Gesellschafter durch seine Einlagen keine Forderungen gegen die Gesellschaft[1]: „Die Einlage erzeugt kein Passivum der Firmen." Selbst nach Auflösung der Gesellschaft kann der Gesellschafter seine Einlagen als solche nicht zurückfordern. Ebensowenig stellt sich der nicht erhobene Anteil am Gewinn als eine Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft dar[2]. Der nicht erhobene Gewinnanteil des Gesellschafters wird gemäß § 120 HGB. dem Kapitalanteil zugeschrieben und bildet dann eine Einlage. Da jedoch die Vorschrift des § 120 HGB. eine Dispositive ist, so können die Gesellschafter vereinbaren, daß sie in Höhe ihres nicht erhobenen Gewinnanteils Forderungen gegen die Gesellschaft haben sollen. Der Kapitalanteil, der aus dem Wert der Einlagen, der Beteiligung an Gewinn und Verlust und den entnommenen Geldern besteht, ist, wenn er aktiv ist, keine Forderung, wenn er passiv ist, keine Schuld des Gesellschafters. Vielmehr[3] „sind der Aktivsaldo und der Passivsaldo während der Dauer der Gesellschaft nur fiktive Ziffern. Sie haben keine juristische Bedeutung. Der Aktivsaldo bezeichnet nicht einen Anspruch an die Gesellschaft, auch keinen bedingten oder betagten Anspruch. Der Passivsaldo ist keine Schuld an die Gesellschaft, auch keine bedingte oder betagte."

[1]) Laband bei Goldschmidt Bd. 31 S. 25.
[2]) Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts S. 590 Anm. 13.
[3]) Staub: a. a. O. S. 377.

Ebenso wie der Gesellschafter gegen die Gesellschaft kann die Gesellschaft gegen den Gesellschafter Forderungen haben entweder aus dem Gesellschaftsverhältnis oder aus Titeln, die außerhalb desselben liegen.

Der Gesellschafter kann nun seine Forderungen gegen die Gesellschaft gegenüber den Forderungen der Gesellschaft aufrechnen, wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Aufrechenbarkeit von Forderungen vorliegen.

Ist die Forderung des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis entstanden, die Forderung der Gesellschaft dagegen nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis, oder umgekehrt, so fragt es sich, ob hier das Erfordernis der Gleichartigkeit der Forderungen vorliegt. Ich bin der Ansicht, daß dies regelmäßig der Fall ist. Wenn z. B. der Gesellschafter gegen die Gesellschaft eine Forderung wegen Aufwendungen, die er im Gesellschaftsinteresse gemacht hat, und die Gesellschaft gegen den Gesellschafter eine Forderung aus einem Darlehen hat, so ist bei beiden Forderungen der Leistungsinhalt der gleiche, da Gegenstand und Zweck beider Forderungen gleich sind. Der Schuldgrund allerdings ist bei beiden Forderungen verschieden. Die Ungleichheit des Schuldgrundes aber begründet nicht die Ungleichartigkeit der Forderungen [1]. Man wird also im allgemeinen die Aufrechnung für zulässig erklären müssen, wenn die Forderungen des Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis und die Forderungen der Gesellschaft nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis entstanden sind oder umgekehrt.

Einer besonderen Erörterung bedarf jedoch die Frage, ob der Gesellschafter gegenüber dem Anspruche der Gesellschaft auf rückständige Einlagen mit einer Forderung gegen die Gesellschaft z. B. aus einem Kaufvertrage aufrechnen kann

---

[1] Rehbein a. a. O. Bd. II S. 340. RG. Bd. 52 S. 306.

oder ob hier die Aufrechnung wegen Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen ist. Jaeger[1] läßt eine solche Aufrechnung zu. Er spricht allerdings nur von einer Aufrechnung im Konkurse der Gesellschaft. Wenn er aber die Aufrechnung im Konkurse zuläßt, so muß er es um so mehr außerhalb des Konkurses tun, da im Konkurse das Interesse der Konkursgläubiger noch für die Unzulässigkeit sprechen könnte[2]. „Die in Art. 184 c des Allg. DHGB. (jetzt § 221 HGB.) gegebene Bestimmung, daß der Aktionär gegenüber dem Anspruche der Aktiengesellschaft auf rückständige Einlagen nicht mit Forderungen gegen die Aktiengesellschaft aufrechnen könne, führe argumento e contrario zum Schlusse, daß bei der o. H. einer Aufrechnung von Beitragsschuld und reiner Gesellschaftsschuld nichts entgegenstehe, zumal da hier sämtliche Gesellschafter persönlich für die Gesellschaftsschuld aufkommen müßten und bei bestehender Gesellschaft über den Umfang des Haftungsfonds beliebig verfügen könnten."

Jaeger's Ansicht kann ich nicht beitreten. Denn erstens erscheint mir ein Schluß aus § 221 HGB., wie ihn Jaeger zieht, sehr gewagt, da man in ähnlicher Weise aus § 213 HGB. folgern könnte, daß die Mitglieder der o. H. ihre Einlagen zurückfordern dürften. Sodann aber ist unverständlich, warum Jaeger die persönliche Haftung der Gesellschafter heranzieht, selbst wenn man auf dem Standpunkt steht, daß die Gesellschafter auch ihrem Mitgesellschafter gegenüber für Gesellschaftsschulden persönlich haften. Die dritte Bemerkung Jaeger's, daß die Gesellschafter beliebig über den Umfang des Haftungsfonds verfügen dürfen, könnte höchstens zu der Zulässigkeit

---

[1]) Der Konkurs der offenen Handelsgesellschaft S. 110.
[2]) Jaeger a. a. O. S. 110.

der Aufrechnung mit Einwilligung aller Gesellschafter führen, da nur alle zusammen den Gesellschaftsfonds zu verringern berechtigt sind.

Meine Ansicht geht vielmehr dahin, daß die Aufrechnung zwischen Beitragsschuld und Gesellschafterforderung wegen Ungleichartigkeit der Forderungen unzulässig ist. Auch hier soll von § 221 HGB. ausgegangen werden. Verbietet dieser § die Aufrechnung, um das Gesellschaftsvermögen zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger gegen eine Beeinträchtigung durch den Gesellschafter (Aktionär) zu schützen? Oder weil die Forderungen ungleichartig sind? Oder aus beiden Gründen. Ist man der ersten Ansicht, so kann man, ohne hierzu genötigt zu sein, die Aufrechnung bei der o. H. zulassen, weil hier die Gesellschaftsgläubiger gegen eine Verringerung des Gesellschaftsvermögens nicht geschützt sind. Ist man dagegen der zweiten oder dritten Meinung, so muß man analog auch bei der o. H. Ungleichartigkeit von Einlageschuld und Gesellschafterforderung konstatieren. M. E. verbietet nun § 221 HGB. die Aufrechnung wegen Ungleichartigkeit der Forderungen[1]: im Gegensatz zu der Forderung des Aktionärs an die Gesellschaft ist die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung der Einlagen keine gewöhnliche Geldschuld, sondern sie ist die Verpflichtung zu einem Fonds behufs Betriebes eines Unternehmens und Bestreitung der zu diesem Zwecke und mittels dieses Betriebes zu begründenden Verbindlichkeiten beizutragen; der Zweck und somit der Leistungsinhalt beider Forderungen ist also ein verschiedener. Es ist daher auch bei der o. H. die Aufrechnung zwischen Einlageschuld und Gesellschafterforderung unzulässig.

---

[1]) Vgl. RG. Bd. 6 S. 69 ff., Bd. 19 S. 123 ff.

Ueberdies könnte man die Unzulässigkeit der Aufrechnung damit begründen, daß in jedem Gesellschaftsvertrage implicite ein pactum de non compensando bezüglich der Ansprüche der Gesellschaft auf die Einlagen enthalten sei.

b. Der Gesellschafter rechnet gegen einen Mitgesellschafter auf.

Daß der Gesellschafter seine Forderungen gegen den Mitgesellschafter gegenüber den Forderungen des Mitgesellschafters unter den allgemeinen Voraussetzungen zur Aufrechnung bringen kann, ist unbestritten.

Dagegen ist es fraglich, ob der Gesellschafter gegen den Mitgesellschafter mit seinen Forderungen gegen die Gesellschaft aufrechnen kann. Haften die Gesellschafter ihrem Mitgesellschafter für dessen Forderungen gegen die Gesellschaft? Mit andern Worten: findet § 128 HGB. (Art. 112) auch auf die Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft Anwendung?

Diese Frage ist sehr bestritten. Nach der einen von Renaud[1]), Hergenhahn-Tuchatsch[2]), v. Hahn[3]), Staub[4]) u. a. vertretenen Ansicht haften die Gesellschafter hier nicht persönlich.

v. Hahn begründet seine Ansicht folgendermaßen: An sich stehe dem Gesellschafter zwar aus der solidarischen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden die Klage gegen jeden Mitgesellschafter zu. Der belangte

[1]) Das Recht der Kommanditgesellschaften S. 402 ff.

[2]) Die offene Handelsgesellschaft S. 66.

[3]) Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 3. Aufl. S. 468.

[4]) a. a. O. § 128 Anm. 24.

Gesellschafter aber könne derselben eine exceptio doli aus dem Gesellschaftsvertrage entgegensetzen. Mit dieser verweise er den Kläger an den Gesellschaftsfonds, welcher ja nach dem Gesellschaftsvertrage zur Zahlung der Gesellschaftsschulden zunächst bestimmt sei. Nach dem Gesellschaftsvertrage sei der einzelne Gesellschafter nicht verpflichtet die Gesellschaftsschulden ihrem ganzen Betrag nach zu zahlen, ja er sei sogar während der Dauer der Gesellschaft überhaupt nicht verpflichtet irgend eine seine Einlage überschreitende Prästation zu Gesellschaftszwecken zu machen.

v. Hahn entkräftet also den an sich anwendbaren § 128 HGB. durch eine dem belangten Gesellschafter gewährte exceptio doli.

Eine solche exceptio doli anzunehmen ist jedoch nicht notwendig. Man kann einfach sagen: § 128 HGB. findet, wie aus seiner Stellung im Gesetz hervorgeht, Anwendung nur Dritten d. h. Nichtgesellschaftern gegenüber. Der Gesellschafter aber bleibt Gesellschafter, auch wenn er mit der Gesellschaft wie ein Dritter Geschäfte abschließt. Damit allein schon wäre die Nichthaftung der Gesellschafter begründet.

Dazu kommt nun noch, daß nach § 707 BGB. der Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber zu keinen anderen Leistungen als den versprochenen Einlagen verpflichtet ist.

Im einzelnen ist hierzu noch folgendes zu bemerken. Die Haftung der Gesellschafter wird auch dadurch nicht herbeigeführt, daß der Gesellschaftsfonds zur Deckung der Gesellschaftsschuld nicht ausreicht oder die Gesellschafter ihre Einlagen noch nicht vollständig bezahlt haben. Ob der Gesellschafter seine Forderung gegen die Gesellschaft in seiner Eigenschaft als Gesellschafter erlangt hat oder in anderer Weise, ist gleichgültig. Schließlich haften die

Gesellschafter auch nicht für Forderungen, die einem Mitgesellschafter von einem Dritten abgetreten sind[1].

Die entgegengesetzte Meinung, daß die Gesellschafter ihrem Mitgesellschafter für dessen sämtliche Forderungen gegen die Gesellschaft haften, wird in der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch (S. 94) vertreten.

Ein Mittelweg wird von Lehmann-Ring[2]) und Cosack[3]) eingeschlagen: Der Gesellschafter kann sich wegen Forderungen gegen die Gesellschaft, die er in seiner Eigenschaft als Gesellschafter erlangt hat, nicht an die übrigen Gesellschafter halten, während für seine sonstigen Forderungen gegen die Gesellschaft die andern Gesellschafter auch persönlich haften. Auf einem ähnlichen Standpunkt steht das Reichsgericht[4]) in seiner Entscheidung vom 24. September 1895.

Da hier die erste der erörterten Ansichten vertreten wird, so darf der Gesellschafter gegenüber dem Anspruche eines Mitgesellschafters nicht mit seinen Forderungen gegen die Gesellschaft aufrechnen.

Ebensowenig kann der Gesellschafter dem Anspruch seines Mitgesellschafters gegenüber Forderungen zur Aufrechnung bringen, die der Gesellschaft gegen diesen Mitgesellschafter zustehen. In der Aufrechnung würde nämlich eine unbefugte Verfügung über einen Gesellschaftsgegenstand liegen, da der Gesellschafter seinem Mitgesellschafter gegenüber nur dann über einen Gesellschaftsgegenstand verfügen darf, wenn es ihm nach dem Gesellschaftsvertrage gestattet ist. Eine Verfügung aber zu Privatzwecken — als solche stellt sich die Aufrechnung dar — wird der Gesellschafts-

[1]) Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts S. 537 Anm. 7.

[2]) a. a. O. S. 278 Nr. 12.

[3]) a. a. O. S. 556 f.

[4]) RG. Bd. 36 S. 60 ff.

vertrag regelmäßig nicht zulassen. Stimmen aber alle Gesellschafter, also auch der, dem gegenüber aufgerechnet werden soll, der Aufrechnung mit der Gesellschaftsforderung bei, so ist die Aufrechnung gültig.

c. Der Gesellschafter rechnet gegen einen Dritten auf.

Wird der Gesellschafter von einem Dritten in Anspruch genommen, so muß man bezüglich der Aufrechnung unterscheiden, ob er wegen einer Privatschuld oder einer Gesellschaftsschuld belangt wird[1]. Es ist daher von Wichtigkeit zunächst festzustellen, was Gesellschaftsschulden und was Privatschulden der Gesellschafter sind. Man kann kurz sagen, daß Gesellschaftsschulden die Verbindlichkeiten sind, welche die Gesellschaft unter ihrer Firma eingegangen ist. Alle übrigen Schulden der Gesellschafter sind Privatschulden. Daraus ergibt sich im einzelnen folgendes[2]: Sämtliche Schulden, die der Gesellschafter vor seinem Eintritt in die Gesellschaft eingegangen ist, sind Privatschulden[3]. Betreiben dieselben Personen mehrere offene Handelsgesellschaften, so sind die Schulden der einen Gesellschaft nicht Gesellschaftsschulden der anderen Gesellschaft. Das Gleiche gilt, wenn aus einem Gesellschaftsvermögen ein Teil ausgeschieden und auf der Grundlage dieses Fonds eine neue Gesellschaft gegründet wird.

Wird nun der Gesellschafter wegen einer Privatschuld in Anspruch genommen, so kann er unter den allgemeinen Voraussetzungen unbedenklich mit seinen Forderungen gegen den Dritten aufrechnen.

---

[1]) Staub: a. a. O. S. 422.

[2]) Gildemeister: Die Kompensation zwischen Forderungen der Handelsgesellschaft und Forderungen an einen Gesellschafter. Erlangen 1896. S. 28 ff.

[3]) ROHG. Bd. 2 S. 146.

Ebenso ist es unzweifelhaft, daß er mit Forderungen seiner Mitgesellschafter gegen den Dritten nicht aufrechnen kann.

Dagegen ist zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen er mit Forderungen, die der Gesellschaft gegen den Dritten zustehen, aufzurechnen befugt ist. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch bestimmte hierüber in Artikel 121, dessen Auslegung allerdings sehr bestritten war: „Eine Kompensation zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter findet während der Dauer der Gesellschaft weder ganz noch teilweise statt; nach Auflösung der Gesellschaft ist sie zulässig, wenn und insoweit die Gesellschaftsforderung dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist." Im neuen Handelsgesetzbuch findet sich nirgends eine ähnliche Vorschrift. Nach der Denkschrift zum HGB. werden die Bestimmungen des Artikels 121 [1]) „entbehrlich, da das bürgerliche Gesetzbuch durch die Einführung des Grundsatzes der gesamten Hand die Unzulässigkeit solcher Verfügungen bei allen Gesellschaften anerkennt (§ 706 [2]) des Bürgerl. Gesetzb.). Dies gilt insbesondere bezüglich der Aufrechnung zwischen Forderungen der Gesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Gesellschafter. Verlangt der Schuldner der Gesellschaft von einem Gesellschafter Befriedigung für eine ihm gegen diesen zustehende Privatforderung, so kann der Gesellschafter die Forderung der Gesellschaft deshalb nicht aufrechnen, weil er über das Gesellschaftsvermögen oder seinen Anteil daran nach § 706 Abs. 1 nicht im eigenen Namen verfügen kann."

[1]) Denkschrift zum HGB. S. 91.

[2]) Jetzt § 719 BGB.

Damit scheint unsere Frage gelöst zu sein: Die Aufrechnung ist unzulässig. Jedoch ist diese Lösung nur eine scheinbare; denn § 719 BGB. spricht nur von einer Verfügung über Gesellschaftsvermögen im eigenen Namen: wenn der Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung als eine ihm selbst zustehende Forderung aufrechnet, so ist diese Aufrechnung der Gesellschaft gegenüber unwirksam. Wie steht es aber mit einer Aufrechnung im Namen der Gesellschaft? Darüber schweigt § 719.

Es wäre nun einfach, wenn man sich auf den Standpunkt von Laſtig[1]), v. Hahn[2]) und Gareis[3]) stellen würde, auf dem auch die Denkschrift zu stehen scheint: „Da die Befugnis zu kompensieren die Befugnis des Gesellschafters voraussetzt die Gesellschaftsforderung beziehungsweise einen Teil derselben im eigenen Namen einzukassieren," so ist eine Aufrechnung schlechthin, also auch eine Aufrechnung im Namen der Gesellschaft unzulässig.

Aus der Unzulässigkeit die Forderung im eigenen Namen einzukassieren folgt jedoch nicht die Unzulässigkeit einer Aufrechnung im Namen der Gesellschaft.

Vielmehr ist bei der Lösung der Frage davon auszugehen, daß jeder Gesellschafter, sofern er nicht von der Vertretung ausgeschlossen ist, das unbeschränkte und unbeschränkbare Recht hat, die Gesellschaft nach außen, d. h. Dritten gegenüber, rechtswirksam zu vertreten. Ist der Gesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen, dann kann er, da er ja Erklärungen im Namen der Gesellschaft überhaupt nicht abgeben kann, auch mit einer Forderung der Gesellschaft nicht aufrechnen. Ist er dagegen zur Vertretung befugt, so kann er über die einzelnen zum Gesellschafts-

---

[1]) In Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. I S. 396

[2]) a. a. O. S. 430.

[3]) Das deutsche Handelsrecht 6. Aufl. S. 226.

vermögen gehörenden Gegenstände im Namen der Gesellschaft rechtswirksam verfügen. Wenn er nun Gesellschaftsforderungen im Namen der Gesellschaft einziehen darf, warum sollte er da nicht mit ihnen im Namen der Gesellschaft aufrechnen dürfen? Es würde eine unzulässige Beschränkung der Vertretungsmacht des Gesellschafters bedeuten, wenn man ihm eine solche Aufrechnung nicht gestatten wollte. Im heutigen Recht wenigstens ist dies kaum zu bestreiten. Ob nach früherem Recht Art. 121 des allg. DHGB. als eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht der Gesellschafter anzusehen war, mag dahingestellt bleiben.

Wenn nun aber nach heutigem Recht dem zur Vertretung befugten Gesellschafter die Aufrechnung deswegen nicht verweigert werden darf, weil er damit seine Vertretungsmacht überschreite, wenn mit anderen Worten der Aufrechnung ein Hindernis von Seiten der Gesellschaft nicht im Wege steht, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Aufrechnungsgegner, der Dritte, sich eine solche Aufrechnung gefallen lassen muß. Vielmehr kann er nach der hier vertretenen Ansicht über die Natur der o. H. dem Gesellschafter entgegensetzen, daß die Forderungen nicht gegenseitig seien, da ja Gesellschaft und Gesellschafter zwei verschiedene Personen sind.

Auch die Gegner der juristischen Person lassen hier die Aufrechnung wegen mangelnder Gegenseitigkeit nicht zu. So sagt Staub[1]): „Wenn der Gesellschafter auf Grund seiner persönlich kontrahierten Schulden belangt wird, kann er nur seine persönliche Forderung entgegensetzen, nicht aber die Forderung der Gesellschaft, wider den Willen des Klägers selbst nicht im Einverständnisse mit den übrigen

[1]) a. a. O. S. 423 Anm. 10.

Gesellschaftern, weil sie dadurch noch immer nicht seine Forderung wird [1])."

Gegenseitigkeit fehlt jedoch hier nicht deswegen, weil mit der Forderung eines Dritten [2]) aufgerechnet wird, sondern weil ein Dritter mit seiner Forderung aufrechnet. Denn wie wir gesehen haben, handelt es sich hier stets um eine Aufrechnung im Namen der Gesellschaft. Nimmt der Gesellschafter eine solche Aufrechnung vor, so ist er nur Organ der Gesellschaft, d. h. nicht er rechnet auf, sondern die Gesellschaft.

Daraus, daß die Aufrechnung hier wegen mangelnder Gegenseitigkeit der Forderungen nicht wegen mangelnder Vertretungsbefugnis des Gesellschafters unzulässig ist, sind folgende Konsequenzen zu ziehen:

Willigt der Dritte, der Gesellschaftsschuldner, nicht in die Aufrechnung, so ist diese auch dann unzulässig, wenn der Gesellschafter selbst eine Forderung gegen die Gesellschaft hat. Er kann hier nicht kompensieren und dafür seine Forderung gegen die Gesellschaft fallen lassen [3]).

Willigt der Gesellschaftsschuldner in die Aufrechnung seitens des von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossenen Gesellschafters, so liegt ein gültiger Aufrechnungsvertrag zwischen der Gesellschaft und dem Dritten vor, auch wenn die Aufrechnung gegen den Willen der anderen Gesellschafter vorgenommen wird, ja selbst wenn sie zum Schaden der Gesellschaft gereicht.

Natürlich ist aber dieser Aufrechnungsvertrag nur gültig, wenn er den im allgemeinen für Verträge geltenden Bestimmungen entspricht. Insbesondere ist zu untersuchen,

---

[1]) Vgl. RG. Bd. 10 S. 49 f., Bd. 31 S. 84, Denkschrift zum HGB. S. 90.

[2]) Vgl. RG. Bd. 10 S. 49.

[3]) Gildemeister a. a. O. S. 50 f.

ob er gegen § 138 BGB. verstößt. Der Vorschrift dieses § entsprechend muß man [1]), „wenn der Gesellschafter in der Absicht handelt die Gesellschaft zu benachteiligen und der Dritte hiervon Kenntnis hat," den Aufrechnungsvertrag für nichtig erklären [2]). Dadurch aber, daß der Dritte gewußt hat, daß unter den Gesellschaftern eine Vertretungsbeschränkung vereinbart ist, wird eine Kollusion noch nicht begründet [3]). Ebensowenig dadurch, daß eine Handlung im Privatinteresse des Gesellschafters liegt und der Dritte dies weiß [4]), was ja bei einer Aufrechnung wie hier stets der Fall sein wird. Denn durch eine im Privatinteresse des Gesellschafters vorgenommene Handlung im Namen der Gesellschaft braucht, wie Laband [5]) ausführt, die Gesellschaft nicht geschädigt zu werden. Eine solche Handlung kann vielmehr auch gleichzeitig im Interesse der Gesellschaft liegen.

Daß der Gesellschaftsschuldner dem Gesellschafter entgegensetzen kann, die Forderungen seien nicht gegenseitig, ist nur so lange möglich, als die Gesellschaftsforderung noch als solche besteht. Das hört sie aber auf zu sein, wenn sie dem Gesellschafter abgetreten ist: dann ist Gegenseitigkeit vorhanden. Schon nach früherem Recht war gegen eine solche Abtretung nichts einzuwenden, da der Schlußsatz des Art. 121 kein Hindernis bildete, und nach neuem Recht liegt, da Art. 121 fortgefallen ist, erst recht kein Bedenken gegen die Zulässigkeit der Abtretung vor.

Streitig ist dagegen, ob schon in der Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Aufrechnung mit der

---

[1]) ROHG. Bd. 9 S. 432, Staub a. a. O. S. 408 Anm. 13.

[2]) ROHG. Bd. 6 S. 134 f., Bd. 7 S. 403 ff.

[3]) ROHG. Bd. 5 S. 295.

[4]) ROHG. Bd. 9 S. 429 ff.

[5]) Bei Goldschmidt Bd. 31 S. 13 Anm. 15.

Gesellschaftsforderung eine Abtretung dieser Forderung zu erblicken ist. Nach der einen Ansicht ist diese Frage zu bejahen [1]: „Im modernen Rechte sei die Abtretung einer Forderung von jeder Form emancipiert, sie geschehe durch den in beliebiger Weise erklärten Willen. Ein solcher sei in der Ueberlassung einer Forderung zur Kompensation zu erblicken." Nach der anderen vor allem vom Reichsgericht [2] vertretenen Ansicht ist in der Zustimmung zur Aufrechnung keine Abtretung zu sehen: „Wird der Gesellschafter ermächtigt die Forderung der Handelsgesellschaft gegen seine Privatschuld aufzurechnen, so bedeutet das nicht, daß der Beklagte zum Inhaber der Forderung gemacht wird [3]." Der Dernburg'schen Ansicht ist der Vorzug zu geben, da auch heute die Abtretung einer Form nicht bedarf.

Daß nur der von der Vertretung nicht ausgeschlossene Gesellschafter, aber auch dann, wenn er im Verhältnis zur Gesellschaft nicht dazu berechtigt ist, die Abtretung mit Wirksamkeit gegen den Gesellschaftsschuldner vornehmen kann, unterliegt wohl keinem Zweifel, wenn auch die Abtretung bisweilen als res interna [4] bezeichnet worden ist. Kann aber der wegen einer Privatschuld in Anspruch genommene Gesellschafter, wenn er zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, selbst die Abtretung der Gesellschaftsforderung an sich vornehmen? Nach heutigem Rechte ist eine solche Abtretung nur innerhalb der Grenzen des § 181 BGB. zulässig. Früher war diese Frage sehr streitig [5].

---

[1]) Dernburg: Kompensation S. 378.

[2]) RG. Bd. 10 S. 48 f.

[3]) Vgl. Staub a. a. O. S. 423 Anm. 10.

[4]) Gildemeister a. a. O. S. 51 f.

[5]) Vgl. Dernburg Kompensation S. 447, v. Hahn a. a. O. S. 430 f., Römer bei Goldschmidt Bd. 19 S. 67 ff., Behrend a. a. O. S. 533 Anm. 7, ROHG. Bd. 8 S. 392 f.

Wird der Gesellschafter von dem Dritten wegen einer Gesellschaftsschuld auf Grund des § 128 HGB. in Anspruch genommen, so darf er die Forderungen, die ihm selbst gegen den Dritten zustehen, zur Aufrechnung bringen. Man kann hier dem Gesellschafter das Recht zur Aufrechnung nicht etwa wegen Ungleichartigkeit des Entstehungsgrundes der Forderungen verweigern. § 128 verpflichtet den Gesellschafter zu einer Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers aus seinem Privatvermögen. Eine solche Befriedigung aber liegt in einer Aufrechnung mit einer Privatforderung. Hierin stimmen alle Autoren überein [1].

Ebenso ist nicht bestritten — wenigstens nach heutigem Recht — daß der wegen einer Gesellschaftsschuld belangte Gesellschafter Forderungen, die einem Mitgesellschafter gegen den Dritten zustehen, nicht zur Aufrechnung bringen kann (§ 422 Abs. 2 BGB.).

Dagegen ist es streitig, ob der wegen einer Gesellschaftsschuld in Anspruch genommene Gesellschafter das Recht hat mit einer Gesellschaftsforderung gegen den Dritten aufzurechnen. Die einschlägigen Bestimmungen enthält § 129 Abs. 1 und 3 HGB. Nach Abs. 1 dieses § darf der Gesellschafter sämtliche Einwendungen geltend machen, die der Gesellschaft zustehen. Nach Abs. 3 darf er die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich dieser durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann. Ist Abs. 3 als eine Erweiterung oder als eine Einschränkung des Abs. 1 aufzufassen? An sich wäre beides möglich, da in der Aufrechnungsbefugnis

[1] Vergl. Lehmann=Ring a. a. O. S. 279, Staub a. a. O. S. 422 Anm. 9, Renaud a. a. O. S. 438, Puchelt: Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch S. 222 Anm. 3.

noch nicht das Recht liegt die Leistung ohne Aufrechnung zu verweigern.

Augenscheinlich aber soll Abs. 3 den Abs. 1 einschränken[1]): Der Gesellschafter ist zur Aufrechnung nicht befugt; er hat nur das Recht die Befriedigung zu verweigern.

Ist nun aber durch Abs. 3 jedem Gesellschafter das Recht zur Aufrechnung versagt oder nur dem von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossenen Gesellschafter? Die Denkschrift zum HGB. schweigt hierüber. Ebensowenig ist aus dem Wortlaut des § 129 etwas zu entnehmen. Nach richtiger Ansicht bezieht sich aber die Vorschrift, daß die Aufrechnung unzulässig ist, nur auf den von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter. Eine Aufrechnung im Namen der Gesellschaft ist zulässig[2]). So sagt z. B. Staub[3]): „Wenn der beklagte Einzelgesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft berechtigt ist die Aufrechnungserklärung namens der Gesellschaft abzugeben, so kann er dies tun." Dies folgt aus der unbeschränkten Vertretungsmacht des vertretungsbefugten Gesellschafters (§ 126 HGB.). Nun könnte man freilich einwenden, in § 129 Abs. 3 solle die Vertretungsbefugnis eingeschränkt werden. Wenn dies aber der Gesetzgeber gewollt hätte, so würde er es sicher deutlicher und wahrscheinlich in § 126 HGB. ausgesprochen haben. Ganz abgesehen davon aber wäre es unverständlich, warum dem vertretungsbefugten Gesellschafter, für den Fall daß er wegen einer Privatschuld belangt wird, die Aufrechnung

---

[1]) Hellwig: a. a. O. S. 20, Staub: a. a. O. S. 419 Anm. 6 u. 8, Frankenburger: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich S. 91, Litthauer: Handelsgesetzbuch 12. Aufl. S. 150, Denkschrift zum HGB. S. 95 f.

[2]) Lehmann-Ring a. a. O. S. 280.

[3]) a. a. O. S. 419.

im Namen der Gesellschaft gestattet (oben S. 28 ff.) für den Fall, daß er wegen einer Gesellschaftsschuld belangt wird, dagegen verweigert werden sollte.

Nimmt nun der von der Vertretung nicht ausgeschlossene Gesellschafter die Aufrechnung im Namen der Gesellschaft vor, so kann der Aufrechnungsgegner nicht wie oben S. 30 einwenden, daß die Forderungen nicht gegenseitig seien. Denn hier ist die Gesellschaft, in deren Namen die Aufrechnung erfolgt, Schuldnerin der einen und Gläubigerin der anderen Forderung.

Staub[1]) und Litthauer[2]) wollen auch dem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter die Aufrechnungsbefugnis zugestehen, wenn die Gegenforderung der Gesellschaft mit der Forderung des Dritten in rechtlichem Zusammenhange steht. Diese Ansicht kann ich nicht teilen. Es ist zwar richtig, daß es hier der Billigkeit entspräche die Aufrechnung zu gestatten. Aber der Billigkeit ist schon durch die in § 129 Abs. 3 HGB. dem Gesellschafter gewährte Verweigerungsbefugnis Genüge getan. Vor allem aber ist nicht zu erklären, in welcher Weise der Gesellschafter die Aufrechnung geltend zu machen hätte, ob kraft eigenen Rechts oder im Namen der Gesellschaft. Gegen die erste Auffassung spricht der Grundsatz, daß man nicht mit Forderungen eines Dritten aufrechnen kann, gegen die zweite Auffassung, daß der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter nicht im Namen der Gesellschaft Erklärungen abgeben kann.

Nach früherem Recht wurde jedem wegen einer Gesellschaftsschuld belangten Gesellschafter gestattet mit einer Gesellschaftsforderung kraft eigenen Rechts aufzurechnen. In zwei Punkten wich also das frühere Recht vom heutigen

[1]) a. a. O. S. 420 Anm. 9.
[2]) a. a. O. S. 154 Anm. c.

ab: einmal durfte auch der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter aufrechnen, und zweitens machte der Gesellschafter die Aufrechnung kraft eigenen Rechts, nicht im Namen [1]) der Gesellschaft geltend. Wenigstens war dies die herrschende Lehre.

III. Die Aufrechnung seitens der Gesellschaft.

a. Die Gesellschaft rechnet gegen einen Gesellschafter auf.

Die Gesellschaft kann den Forderungen des Gesellschafters gegenüber ihre Forderungen gegen den Gesellschafter in gleicher Weise zur Aufrechnung bringen, wie der Gesellschafter gegenüber den Forderungen der Gesellschaft seine Forderungen gegen die Gesellschaft (S. oben S. 21 ff.).

Dagegen kann die Gesellschaft den Forderungen des Gesellschafters gegenüber nicht mit Forderungen aufrechnen, die einem Mitgesellschafter gegen jenen Gesellschafter zustehen. Denn die Forderungen sind nicht gegenseitig, da Gesellschaft und Gesellschafter zwei verschiedene Personen sind. Aber auch mit Einwilligung des Gesellschafters, der Gesellschaftsgläubiger ist, — also durch Vertrag — ist die Aufrechnung mit der Forderung des anderen Gesellschafters unzuläßig, weil dieser andere Gesellschafter sich die Aufrechnung nicht gefallen zu lassen braucht. Denn einerseits haften ja die Gesellschafter für Forderungen eines Mitgesellschafters gegen die Gesellschaft nicht persönlich (S. oben S. 24 ff.); es darf also auch nicht indirekt eine Haftung dadurch herbeigeführt werden, daß die Forderung eines Gesellschafters durch Aufrechnung zur Tilgung einer

[1]) Renaud: a. a. O. S. 438, v. Hahn: a. a. O. S. 433 § 8, Puchelt: a. a. O. S. 222, Dernburg: Kompensation S. 448.

Gesellschaftsschuld benützt wird. Andererseits aber wäre, auch wenn der Gesellschafter wegen seines Anspruchs an die Gesellschaft wie ein Dritter zu behandeln wäre, die Aufrechnung unzulässig, da die Gesellschaft kein Verfügungsrecht über das Privatvermögen der Gesellschafter hat. Sind doch die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber zu keiner anderen Leistung verpflichtet als zur Leistung der versprochenen Beiträge (BGB. § 707). — Ebenso war nach dem allg. DHGB. die Aufrechnung mit der Forderung eines Gesellschafters von Seiten der Gesellschaft unzulässig[1]. Die Schriftsteller sprechen allerdings nur davon, daß ein Dritter die Gesellschaft in Anspruch nimmt; jedoch sind die Grundsätze, die für diesen Fall gelten, erst recht auf unsern Fall, daß ein Gesellschafter die Gesellschaft belangt, anzuwenden, da hier die persönliche Haftung der Gesellschafter dem Dritten gegenüber, die noch für die Zulässigkeit der Aufrechnung sprechen könnte, wegfällt.

Ob in der Zustimmung des Gesellschafters, dem die Forderung gegen den anderen Gesellschafter zusteht, dazu, daß die Gesellschaft seine Forderung benützt, eine Abtretung der Forderung an die Gesellschaft liegt, ist wie oben (S. 32 f.) zu beantworten. Das Reichsgericht[2]) hat aber hier, obwohl es bei seiner oben[3]) erwähnten Ansicht geblieben ist, daß in der Zustimmung zur Aufrechnung keine Abtretung zu erblicken sei, die Aufrechnung für zulässig erklärt, sodaß hier die Ansicht des Reichsgerichts praktisch auf dasselbe hinauskommt, wie die hier vertretene Ansicht, daß in der Zustimmung zur Aufrechnung eine Abtretung zu finden sei.

[1]) Behrend a. a. O. S. 534, Renaud a. a. O. S. 437, v. Hahn a. a. O. S. 432 § 7.

[2]) Bd. 31 S. 81 ff.

[3]) S. 33.

Daß der Gesellschafter, der die Gesellschaft vertritt, seine Forderung gegen den Mitgesellschafter an die Gesellschaft abtreten und dann im Namen der Gesellschaft damit aufrechnen kann, unterliegt keinem Zweifel. [1])

b. Die Gesellschaft rechnet gegen einen Dritten auf.

Den Forderungen eines Dritten gegenüber kann die Gesellschaft ihre Forderungen gegen den Dritten zur Aufrechnung bringen.

Die Forderungen eines Gesellschafters gegen den Dritten kann die Gesellschaft nicht dem Dritten gegenüber aufrechnen: Es gilt hier dasselbe wie bezüglich der Aufrechnung seitens der Gesellschaft einem Gesellschafter gegenüber (oben S. 37 ff.).

IV. Die Aufrechnung seitens eines Dritten.

a. Der Dritte rechnet gegen einen Gesellschafter auf.

Gegenüber den Forderungen eines Gesellschafters kann der Dritte zunächst die Forderungen zur Aufrechnung bringen, die ihm gegen den Gesellschafter zustehen.

Desgleichen kann der Dritte mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen, aber nur insoweit, als der Gesellschafter nach § 128 HGB. für Gesellschaftsschulden persönlich haftet. Es ist daher zu erörtern, inwieweit die Gesellschafter Dritten gegenüber aus § 128 für Gesellschaftsschulden haften. Erstreckt sich diese Haftung auch auf Forderungen eines ausgeschiedenen Gesellschafters, die zur Zeit seiner Mitgliedschaft entstanden

[1]) Staub a. a. O. S. 422 Anm. 7.

sind, und auf Forderungen eines Dritten (Nichtgesellschafters), die diesem von einem Gesellschafter abgetreten sind? Beide Fragen müssen von denen, die die Gesellschafter auch für Forderungen ihres Mitgesellschafters gegen die Gesellschaft persönlich haften lassen, bejaht werden[1].

Ist man dagegen der Meinung, die hier[2] im Anschluß an Renaud, v. Hahn und Behrend vertreten worden ist, daß die Gesellschafter ihren Mitgesellschaftern gegenüber nicht für Gesellschaftsschulden haften, so fragt es sich, ob die Haftung dadurch herbeigeführt wird, daß der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet oder die Forderung des Gesellschafters auf einen Dritten übergeht.

Behrend[3] bemerkt hierzu folgendes: „Geht eine Forderung an die Gesellschaft von einem Gesellschafter auf einen Nichtgesellschafter über, so erlangt der Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte, als dem Gesellschafter zustanden, außer wenn es sich um einen Rechtserwerb handelt, bei welchem dem späteren Erwerber Einreden aus der Person des Vormannes nicht entgegengesetzt werden können." Diesen Ausführungen Behrend's kann ich mich nur anschließen[4], da auch heute noch der Satz „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet" — wenn auch beschränkt — Geltung hat.

Auch bezüglich des ausgeschiedenen Gesellschafters bin ich der Ansicht, daß er wegen seiner Forderung an die Gesellschaft die Gesellschafter nicht in Anspruch nehmen kann. Denn erstens liegt kein Grund vor, warum die Forderung eines Gesellschafters durch sein Ausscheiden aus der Gesellschaft eine rechtliche Veränderung erleiden sollte.

1) Lehmann-Ring a. a. O. S. 278.

2) Oben S. 24 ff.

3) a. a. O. S. 337 Anm. 7.

4) Vgl. Entsch. des Ober-Trib. Stuttgart bei Goldschmidt Bd. 7 S. 485.

Sodann aber wäre es ungerecht, wenn man bezüglich der Forderungen an die Gesellschaft den aus der Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafter besser stellen wollte als den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter.

Der Gesellschafterschuldner darf also Forderungen an die Gesellschaft, die ihm von einem Gesellschafter abgetreten worden sind oder die er als früherer Gesellschafter erlangt hat, dem Gesellschafter gegenüber nicht aufrechnen.

Es bleibt nur noch zu erörtern, ob die Aufrechnungsbefugnis des Dritten durch den Konkurs der Gesellschaft oder des Gesellschafters oder beider beeinflußt wird. Der Konkurs des Gesellschafters hat niemals hierauf einen Einfluß gehabt. Dagegen ist die Frage, ob durch den Konkurs der Gesellschaft oder der Gesellschaft und des Gesellschafters dem Dritten das Recht zur Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung gegen den Anspruch des Gesellschafters entzogen wird, nicht immer gleichmäßig beantwortet worden. Zweckmäßiger Weise soll eine historische Entwicklung der einschlägigen Bestimmungen gegeben werden. Das allg. DHGB. bestimmte in Art. 122, daß im Falle des Konkurses der Gesellschaft die Gläubiger derselben aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls im Gesellschaftskonkurse ihre Befriedigung suchen könnten. Die Bedeutung des Wortes „Ausfall“ war streitig [1]). Die einen verstanden darunter „denjenigen Betrag, welchen der Gesellschaftsgläubiger durch Geltendmachung im Gesellschaftskonkurse nicht habe erhalten können,“ andere „den Betrag, welchen der Gesellschaftsgläubiger gleichviel aus welchem Grunde tatsächlich nicht erhalten habe.“ Ein Beispiel mag die Bedeutung der beiden Auffassungen für die Aufrechnung zeigen. Der Gesellschafter A hat eine Forderung von 1000 gegen den Nicht-

[1]) Keissner bei Goldschmidt Bd. 30 S. 538.

gesellschafter B. B hat gegen die Gesellschaft gleichfalls eine Forderung von 1000. Die Gesellschaft befindet sich in Konkurs; die Dividende beträgt 40 %. Dann muß B nach der ersten Ansicht seine Forderung zuerst im Konkurs der Gesellschaft geltend machen, wodurch er 400 erhält. Er hat dann gegen A nur noch einen Anspruch auf 600. Unterläßt er die Geltendmachung im Gesellschaftskonkurse, so kann er auch nur in Höhe von 600 aufrechnen. Nach der zweiten Ansicht kann B auf die Geltendmachung im Gesellschaftskonkurse verzichten und dann in Höhe von 1000 gegen A aufrechnen.

In der Konkursordnung (a. F.) wurde dann in § 201 Abs. 2 durch Verweisung auf § 57 die zweite Ansicht zum Gesetz erhoben, wenigstens für den Fall, daß über das Vermögen des Gesellschafters auch der Konkurs eröffnet war. Ob das Gleiche für den Fall galt, daß nur die Gesellschaft sich in Konkurs befand, ist streitig [1] [2].

Im neuen HGB. ist die Bestimmung des Art. 122 gestrichen. Aufrechterhalten wird die subsidiäre Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden durch die Konkursordnung (n. F.) in § 212 nur für den Fall, daß neben dem Gesellschaftskonkurse auch ein Konkurs über das Vermögen des Gesellschafters eröffnet ist; der Gesellschaftsgläubiger kann aber auf die Geltendmachung im Gesellschaftskonkurse verzichten und dann seine Forderung voll gegen den Gesellschafter geltend machen (§§ 212 Abs. 3, 64 KO.).

Gegenüber dem Anspruch eines Gesellschafters kann also heute der Dritte, wenn nur die Gesellschaft in Konkurs ist, eine Forderung gegen die Gesellschaft unbedingt zur Aufrechnung bringen, wenn auch über das Vermögen des

[1] Renaud a. a. O. S. 607.

[2] RG. Bd. 41 S. 28.

Gesellschafters Konkurs eröffnet ist, nur unter der Bedingung, daß er auf die Befriedigung im Gesellschaftskonkurse verzichtet.

Daß der Dritte gegenüber den Forderungen eines Gesellschafters nicht mit Forderungen, die er gegen einen anderen Gesellschafter hat, aufrechnen kann, bedarf keiner Erörterung.

b. Der Dritte rechnet gegen die Gesellschaft auf.

Gegenüber den Forderungen der Gesellschaft kann der Dritte nur mit seinen Forderungen gegen die Gesellschaft aufrechnen.

Eine Aufrechnung mit Forderungen gegen einen Gesellschafter ist unzulässig, da Gesellschaft und Gesellschafter zwei verschiedene Personen sind, also das Erfordernis der Gegenseitigkeit nicht vorhanden ist.

Lebenslauf.

Ich, Hans Carl Siegfried Keil, bin am 23. Mai 1883 zu Flämischdorf, Kreis Neumarkt, als Sohn des Justizrats, Rechtsanwalts und Notars Carl Keil zu Neumarkt i. Schl. und seiner Gemahlin Hulda geb. Keil geboren. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehörigkeit. Meine Schulbildung erhielt ich zunächst — von Ostern 1889 bis Ostern 1895 — auf der Bürgerschule zu Neumarkt, darauf besuchte ich das humanistische Gymnasium zu St. Elisabet in Breslau, das ich Ostern 1902 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Alsdann studierte ich 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Jena, Berlin und Breslau, und zwar in Jena 3, in Berlin 1 und in Breslau 2 Semester.

Am 25. Mai 1905 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor der Prüfungskommission des Königl. Oberlandesgerichts zu Breslau.

Am 15. Juni 1905 wurde ich bei dem Königl. Amtsgericht zu Landeck als Referendar vereidigt.

Am 15. Dezember 1905 bestand ich vor der juristischen Fakultät der Universität Breslau das mündliche Doktorexamen. Gegenwärtig bin ich am Landgericht Liegnitz beschäftigt.